

# Réflexions sur le Comité de règlement des différends relatifs aux marchés publics en République Démocratique du Congo

Balingene Kahombo\*

## Résumé

Le Comité de règlement des différends (CRD) de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) constitue une nouvelle institution devant contribuer à la mise en œuvre de la législation sur la commande publique en République Démocratique du Congo (RDC). Cette étude vise à examiner sa nature juridique et sa distinction, du point de vue organique et fonctionnel, des cours et tribunaux. Elle tente également d'identifier quelques leçons que l'on peut déjà tirer de la pratique qui forme sa « jurisprudence » depuis qu'il est à pied d'œuvre en 2013. Il est démontré que le CRD dispose d'importants pouvoirs administratifs qui le singularisent et le démarquent des cours et tribunaux avec lesquels il n'est en position ni de dualité ni de complémentarité de compétences. Il s'agit plutôt d'une institution administrative dont la création en tant qu'organe technique de l'ARMP procède de la volonté de moderniser l'administration publique et de déconcentrer le système de traitement des recours administratifs en matière de contentieux des marchés publics pour plus de transparence et d'efficacité aussi bien que pour une meilleure protection des droits garantis aux citoyens. En dernière analyse, l'étude démontre que la « jurisprudence » du CRD est riche en ce qui concerne notamment la délimitation de la portée de sa propre compétence et le droit qu'il applique aux litiges qui sont soumis à son appréciation. A cet égard, sa contribution à la protection de l'Etat de droit en RDC mérite d'être particulièrement saluée.

## Introduction

En 2010, la République Démocratique du Congo (RDC) a concrétisé la réforme du secteur des marchés publics, jusque-là régi par une vieille ordonnance-loi de décembre 1969.<sup>1</sup> Aux termes de la nouvelle loi, les marchés publics sont des contrats relevant plutôt du droit public et non du droit privé, en ce sens qu'ils sont conclus par une autorité publique (Etat, provinces, entités territoriales décentralisées, entreprises publiques ou établissements publics) ou une personne privée dûment mandatée par celle-ci avec des cocontractants (personne publique ou privée) qui s'engagent, moyennant un prix, « soit à réaliser des travaux,

\* Research Fellow, Berlin/Potsdam Research Group, ‘The International Rule of Law – Rise or Decline?’, Allemagne ([www.kfg-intlaw.de](http://www.kfg-intlaw.de)). E-mail: balingene82@gmail.com.

1 Ordonnance-loi n°69/054 du 5 décembre 1969 relative aux marchés publics.

soit à fournir des biens ou des services, soit à exécuter des prestations intellectuelles ».<sup>2</sup> Cette loi a prévu que la régulation de ce secteur de la vie nationale soit assurée par « une institution chargée notamment du contrôle a posteriori des marchés publics et de délégations de service public, de l'audit, de la formation et de renforcement des capacités ».<sup>3</sup> D'où la création de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) qui comprend un Comité de règlement des différends (CRD).<sup>4</sup>

La mise en place de ce mécanisme spécifique de résolution des conflits relatifs aux marchés publics suscite l'intérêt scientifique à plus d'un titre. Premièrement, il y a lieu de se demander s'il s'agit d'un mécanisme juridictionnel ou d'un simple organe d'une institution administrative à la disposition du gouvernement pour le traitement administratif du contentieux des marchés publics. Deuxièmement, comment ses fonctions s'articulent-elles avec les compétences dévolues aux cours et tribunaux? On sait, par exemple, que la loi organique relative aux juridictions de l'ordre administratif a explicitement conféré aux tribunaux administratifs la compétence de connaître en première instance du « contentieux des marchés et des travaux publics (...) ».<sup>5</sup> Cette compétence inclut celle de statuer sur le recours en « référé précontractuel des marchés publics », qui peut être introduit par toute personne lésée pour faire sanctionner les violations de règles de transparence, de publicité et de mise en concurrence à l'occasion de la passation des marchés publics.<sup>6</sup> Existe-t-il une dualité ou une complémentarité de compétences entre le CRD et les cours et tribunaux? Troisièmement, il est nécessaire de décrypter ce nouveau mécanisme de résolution des conflits d'autant plus que les études congolaises en matière du droit des marchés publics sont encore peu nombreuses.<sup>7</sup> La doctrine est plutôt très occupée par la théorisation du droit administratif en général.<sup>8</sup> Pourtant, vu la quantité des affaires qui sont soumises à l'appréciation du CRD, on peut avancer que sa contribution à la protection de l'Etat de droit ne pourra

2 Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, article 1 (1).

3 *Ibid.*, article 14 (1).

4 Voir Décret n°10/21 du 02 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics.

5 Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, article 104 (2).

6 *Ibid.*, articles 308–309.

7 Voir Guy Kabeya Muana Kalala, *Passation des marchés publics : principes, règles, institutions, procédures, pratiques de passation et contentieux*, Kinshasa, éd. Batena Ntambwa, 2012; Néhemie Mwilanya Wilondja, *Le droit congolais des marchés publics*, Paris, L'Harmattan, 2016; Jean-Louis Esambo Kangashe, *Droit congolais des marchés publics*, Paris, L'Harmattan, 2016.

8 Voir Jacques de Burlet, *Précis de droit administratif congolais. Tome I : principes généraux*, Bruxelles, Larcier, 1969; Clément Kabange Ntabala, *Droit Administratif, Tome III, Genèse et Evolution de l'Organisation Territoriale, Politique et Administrative en République Démocratique du Congo, de l'Etat Indépendant du Congo à Nos Jours et Perspectives d'Avenir*, Kinshasa, Presses Universitaires de Kinshasa 2001); Clément Kabange Ntabala, *Droit des Services et Entreprises Publics et Problématique de la Transformation des Entreprises Publiques en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, éd. Dieu Est Bon 2007; Félix Vunduwe te Pemako, *Traité de droit administratif*, Bruxelles, Afrique éditions, De Boeck et Larcier, 2007; Télesphore Muhindo Malonga,

qu'évoluer et s'accroître. Il est important de s'intéresser à son travail parce que le CRD applique le droit, de sorte que les citoyens, les praticiens et les spécialistes du droit pourraient s'inspirer de sa « jurisprudence » soit pour défendre leurs intérêts, soit lors de l'exercice de leurs propres fonctions.

Ainsi, l'essentiel de cette étude consiste à rechercher la place du CRD dans l'ordre juridique congolais et à identifier quelques leçons que l'on peut déjà tirer de sa « jurisprudence ». L'hypothèse de travail à vérifier est double. D'une part, du point de vue organique et fonctionnel, le CRD semble se distinguer des cours et tribunaux, non seulement parce qu'il ne figure pas dans la définition constitutionnelle du pouvoir judiciaire,<sup>9</sup> mais aussi puisqu'il s'agirait plutôt d'une institution qui règle les litiges soumis à son examen en tant qu'autorité administrative, préalablement au recours juridictionnel. Il n'y aurait donc ni dualité ni complémentarité de compétences avec les cours et tribunaux. D'autre part, la « jurisprudence » du CRD serait particulièrement riche en ce qui concerne, entre autres, la délimitation de la portée de sa compétence et la perception du droit applicable aux litiges qui sont soumis à son appréciation.

## I. Un organe juridictionnel ou une institution administrative?

La réponse à cette interrogation requiert une double démarche. Il convient d'abord de replacer le CRD au sein de l'ARMP à laquelle il est rattaché. Ensuite, pour confirmer sa nature purement administrative, on évaluera en quoi il ne répond pas aux critères pour être qualifié de juridiction.

### A. Le CRD en tant qu'organe technique de l'ARMP

Le point de départ de l'analyse est celui-ci : l'ARMP constitue un « établissement public à caractère administratif ».<sup>10</sup> La légalité de cette création semble être incontestable. En effet, aux termes de la Constitution, la compétence de la loi se limite à « déterminer les principes fondamentaux concernant la création des entreprises, des établissements et organismes publics ».<sup>11</sup> En d'autres mots, il ne revient pas au législateur de créer de telles entités, ce pou-

*Droit administratif et institutions administratives*, Butembo, Presses Universitaires du Graben -Centre de Recherches Interdisciplinaire du Graben, 2010; Botakile Batanga, *Précis du contentieux administratif congolais*, Tome 1, Bruxelles, Academia-L'Harmattan, 2014; Botakile Batanga, *Précis du contentieux administratif congolais*, Tome 2, Bruxelles, Academia, 2018.

9 Constitution du 18 février 2006, article 149 (2).

10 Décret n°10/21 du 02 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics, article 1 (1).

11 Constitution du 18 février 2006, article 123 (2). Voir aussi Marcel Wetsh'okonda Koso, « Domaine de la loi et du règlement et leur protection sous l'empire de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 », in Yvon Mingashang (éd.), *La responsabilité du juriste face aux manifestations de la crise dans la société contemporaine -Hommage au Professeur Auguste Mampuya*, Bruxelles, Bruylants, 2018, p.778.

voir étant réservé à l'exécutif, plus précisément au Premier ministre.<sup>12</sup> Cette compétence exécutive est réaffirmée par la loi du 7 juillet 2008.<sup>13</sup> C'est la base primaire du décret du 2 juin 2010 créant l'ARMP. Celle-ci aurait pu donc être créée même en l'absence d'une disposition expresse de la loi relative aux marchés publics, qui en est la base secondaire.

Cette question nous ramène à la problématique de la transformation des entreprises publiques, jadis régies par la loi du 6 janvier 1978. Cette loi faisait de ces entités, sans exception, des personnes morales de droit public, incluant à la fois des entités marchandes, capables de produire du lucre en participant à l'activité économique, commerciale et industrielle, et des organismes personnalisés relevant d'une simple décentralisation technique des services publics de l'Etat à caractère administratif, social ou culturel.<sup>14</sup> Le fait de considérer ces derniers organismes comme des entreprises publiques au même titre que des entités marchandes paraissait, par conséquent, quelque peu illogique. Pareillement, le fait de traiter des véritables entreprises publiques comme des entités relevant du secteur de droit public, plutôt que celui de droit privé, et singulièrement de droit commercial, rendait celles-ci lourdes, inaptes à s'adapter aux contingences économiques et partant moins compétitives sur le marché. D'où la nécessité de la réforme de 2008 transformant les anciennes entreprises publiques soit en sociétés commerciales, ouvertes aux capitaux privés et régis par le droit commun et le droit commercial, soit en établissement publics, soit en organismes constituant des services publics déconcentrés de l'administration.<sup>15</sup> Lesdites sociétés commerciales sont désormais les seules entités relevant du statut d'entreprise publique. Plus précisément, on les qualifie d'entreprises du portefeuille de l'Etat, c'est-à-dire des sociétés dans lesquelles « l'Etat ou toute personne morale de droit public détient la totalité des actions ou une participation ».<sup>16</sup> A la différence des organismes constituant des services publics déconcentrés de l'administration, les établissements publics sont des personnes morales de droit public, pourvues, comme les entreprises du portefeuille de l'Etat, de la personnalité juridique. Ils sont par conséquent autonomes par rapport à l'Etat, c'est-à-dire au

12 Constitution du 18 février 2006, article 92. Celui-ci dispose : « Le Premier ministre assure l'exécution des lois et dispose du pouvoir réglementaire sous réserve des prérogatives dévolues au Président de la République par la présente Constitution. Il statue par voie de décret. Il nomme, par décret délibéré en Conseil des ministres, aux emplois civils et militaires autres que ceux pourvus par le Président de la République. Les actes du Premier ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution. Le Premier ministre peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres ».

13 Loi n° 08/009 du 07 Juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics, article 5.

14 Voir Lukombe Nghenda, *Le droit des entreprises publiques, né de la réforme du 7 juillet 2008*, Kinshasa, Publication des Facultés de Droit des Universités du Congo, 2009; Clément Kabange Ntabala, *Droit des services et entreprises publics et problématique de la transformation des entreprises publiques en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, Dieu Est Bon, 2007.

15 Loi n°08/07 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques, article 2.

16 Loi n°08/010 du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'Etat, article 3(1).

pouvoir central, aux provinces et aux entités territoriales décentralisées. S'ils remplissent une mission de service public comme pourraient le faire les entreprises publiques, leur objectif n'est cependant pas – principalement – de réaliser du lucre.

Par ailleurs, la structure tripartite de l'ARMP est conforme à celle qui convient à tout établissement public : Conseil d'administration, Direction générale et Collège des commissaires aux comptes. Mais, le décret du 2 juin 2010 renchérit qu'il est aussi doté d'un « organe technique »,<sup>17</sup> à savoir le CRD. Mais, cette qualification légale ne résout pas tout le problème, d'autant plus qu'un organe technique peut aussi être une juridiction ou une institution purement administrative. Dès lors, la question qui se pose sur la nature juridique du CRD est la suivante : un tel organe peut-il constituer une juridiction ou il suit logiquement la nature juridique de l'établissement public administratif et autonome auquel il est rattaché? La seconde hypothèse paraît plus défendable.

#### *B. Le CRD en tant qu'autorité administrative plutôt qu'une juridiction*

Si le CRD n'est pas une juridiction, alors il devrait être nécessairement un organe administratif exerçant un certain pouvoir, une certaine autorité, en matière de règlement des différends relatifs aux marchés publics. En vertu du principe selon lequel l'accessoire suit le principal, il garderait la même nature juridique que l'ARMP.

Les critères de qualification d'une juridiction ne sont pas faciles à déterminer compte tenu de la fluidité de ce concept, qui est transversal en droit. On peut au moins se limiter à son aspect le plus basique, celui par lequel on le prend pour synonyme de tribunal. Dans ce cas, ce concept résulte de la combinaison de deux mots latins, à savoir *jus* ou droit et *dicere* ou dire. A cet égard, la juridiction renverrait à une institution chargée de dire le droit. La définition communément acceptée combinant des éléments à la fois organiques et matériels est la suivante : une juridiction est un organe ou une institution établie conformément à la loi, dont la mission est de régler les différends juridiques, en application du droit, suivant une procédure bien déterminée, en rendant des actes souvent obligatoires et revêtues de l'autorité de la chose jugée.<sup>18</sup> Dans les limites du droit interne, on distingue entre les juridictions rattachées à l'Etat, c'est-à-dire des cours et tribunaux constituant l'essentiel de son pouvoir judiciaire, et des juridictions plus ou moins à caractère privé, mais dont l'Etat peut reconnaître tant l'existence que la légalité des actes qu'elles posent. Les plus emblématiques parmi celles-ci ce sont les tribunaux arbitraux.

Il s'ensuit que le fait que le CRD ne fasse pas partie du pouvoir judiciaire en RDC n'est pas en soi un critère déterminant d'exclusion de son éventuelle qualification en tant que ju-

17 Décret n°10/21 du 02 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics, article 49.

18 Voir Jean-Claude Ricci, *Droit administratif*, Hachette Supérieur, 2004, pp.107 – 108; Carlo Santulli, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *Annuaire français de droit international*, vol. 46, 2000, pp. 61–64.

ridiction.<sup>19</sup> Plusieurs autres institutions rattachées à l'Etat n'en font pas partie mais elles ne sont pas moins à caractère juridictionnel. On peut notamment citer la Cour des comptes, qui est une juridiction financière spécialisée, et en même temps un organe technique à la disposition de l'Assemblée nationale, chargé d'assister celle-ci dans sa mission de contrôle du gouvernement, des entreprises, des établissements et des services publics.<sup>20</sup> De même, la Cour constitutionnelle n'était pas moins une juridiction lorsque le constituant la plaçait en dehors du pouvoir judiciaire. C'est la Constitution du 18 février 2006 qui, en la ressuscitant en quelque sorte, après sa suppression en 1974 au profit de la Cour suprême de justice, l'y a intégrée.<sup>21</sup>

Voyons alors si le CRD remplit tous les critères déterminants et cumulatifs rattachés à une juridiction telle que définie ci-dessus. En premier lieu, c'est la légalité (constitutionnelle ou législative) de sa création. En vertu du principe susvisé de l'accessoire suit le principal, cette création est intimement liée à la légalité d'ores et déjà établie de la mise en place de l'ARMP dont relève le CRD.

En deuxième lieu, la mission du CRD consiste-t-elle à régler les différends d'ordre juridique? Rien n'est moins sûr à ce niveau puisque la dénomination de cette institution insiste plutôt sur le « règlement des différends » sans aucune précision. Par nature, un différend, un litige ou un conflit, peut être aussi bien juridique que politique ou non-juridique. Le différend entièrement politique ou non-juridique ne relève pas de la compétence d'un tribunal. On parle alors de sa non-justiciabilité. Par contre, selon une définition répandue au niveau tant interne qu'international, un différend est juridique et partant justiciable lorsqu'il existe « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes ».<sup>22</sup> En examinant sa compétence, on constate que le CRD règle effectivement des litiges juridiques couvrant trois grandes matières, à savoir : violations de procédures de passation des marchés publics; contestations de l'attribution de ces derniers et contentieux de leur exécution.<sup>23</sup> Le CRD est doté à cet égard de deux commissions ou chambres : la commission des litiges et la chambre disciplinaire.<sup>24</sup> La commission des litiges connaît normalement des affaires autres que celles dans lesquelles le

19 Constitution du 18 février 2006, article 149 (2) : « Il (le pouvoir judiciaire) est dévolu aux cours et tribunaux qui sont : la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation, le Conseil d'Etat, la Haute Cour militaire ainsi que les Cours et Tribunaux civils et militaires ».

20 Ibid., articles 178–180. Voir aussi Loi n° 11/011 DU 13 Juillet 2011 relative aux Finances publiques, articles 123–126; Ordonnance-loi n°87–005 du 06 février 1987 fixant la composition, l'organisation et le fonctionnement de la Cour des comptes; Ordonnance-loi n°87–031 du 22 juillet 1987 relative à la procédure devant la Cour des comptes.

21 Balingene Kahombo, « L'originalité de la Cour constitutionnelle congolaise : son organisation et ses compétences », *Librairie africaine d'études juridiques*, vol.6, August 2011, p. 2.

22 Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 554.

23 Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, articles 73–75.

24 Décret n°10/21 du 02 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics, article 52.

CRD est appelé à appliquer l'une des sanctions administratives prévues contre « l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services qui aura commis un acte d'improbité dans la passation ou dans l'exécution des marchés publics ».<sup>25</sup> Entre autres cas d'improbité, on peut citer la surfacturation et la fausse facturation ou la corruption et autres manœuvres frauduleuses.<sup>26</sup> Quant aux sanctions, elles sont soumises au principe de légalité, en ce sens que le CRD ne peut imposer que celles qui sont prévues par la loi. Il peut s'agir de l'exclusion temporaire de la commande publique, du retrait de l'agrément et/ou du certificat de qualification du contrevenant.<sup>27</sup> Ainsi, la chambre disciplinaire constitue un mécanisme original pouvant contribuer à la moralisation et à la promotion des valeurs éthiques dans un secteur aussi financièrement alléchant que celui de la passation et de l'exécution des marchés publics.

En troisième lieu, le CRD applique le droit pour résoudre les litiges soumis à son examen. Les termes des instruments juridiques qui le régissent sont clairs à ce sujet. Par exemple, s'agissant du contentieux de l'attribution, la loi relative aux marchés publics prévoit qu'il est du droit de tout candidat ou soumissionnaire qui « s'estime *illégalement* évincé des procédures de passation des marchés publics ou de délégations de service public » d'introduire son recours au CRD en cas d'échec du recours gracieux auprès de l'autorité contractante.<sup>28</sup> Dès lors, le travail du CRD consistera à vérifier la légalité desdites procédures, si la réglementation en vigueur a été respectée ou violée. Il procédera de la même façon quand il est saisi par « tout cocontractant qui s'estime lésé dans l'exécution d'un marché public ou de délégation de service public ».<sup>29</sup> Tout ceci est corroboré par l'article 54 (2) du décret du 2 juin 2010 créant l'ARMP qui prescrit que « la Commission des litiges statue sur les irrégularités et violations de la réglementation nationale qu'elle constate ». Evidemment, le droit applicable par le CRD ne se limite pas à la loi sur les marchés publics et au décret du 2 juin 2010 créant l'ARMP. On y reviendra ultérieurement dans cette étude.

En quatrième lieu, le CRD ne statue pas n'importe comment. Il le fait dans les 15 jours de sa saisine, sauf prolongation du délai dûment motivée.<sup>30</sup> Il observe également une certaine procédure en ce qui concerne notamment la qualité de demandeur, les règles d'instruction de ses affaires et le délai de saisine. A cet égard, il existe un texte juridique important qui sert pratiquement, dans une certaine mesure, de code de procédure du CRD : le Décret n°10/22 du 2 juin 2010 portant Manuel de procédure de la loi relative aux marchés publics. La qualité de saisir le CRD est ouvert à l'autorité contractante, à son cocontractant et à tout soumissionnaire qui s'estime lésé. En plus, le CRD peut être saisi par toute personne en dé-

25 Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, article 80 (1).

26 *Ibid.*, article 80 (2).

27 *Ibid.*, article 81 (1).

28 *Ibid.*, article 73. L'insistance vient de l'auteur.

29 *Ibid.*, article 75.

30 Décret n°10/22 du 2 juin 2010 portant Manuel de procédure de la loi relative aux marchés publics, article 158 (1). Voir aussi Annexe 1 du Décret n°10/22 du 2 juin 2010 portant Manuel de procédure de la loi relative aux marchés publics.

nonciation des irrégularités liées à la passation et à l'exécution des marchés publics. Cette ouverture de la qualité aux tiers au contrat peut se justifier par le fait que les prescriptions en matière de passation et d'exécution des marchés publics sont, à la différence du droit privé, des règles d'ordre public, dont la violation peut être dénoncée par quiconque, ou invoquée d'office par le CRD dans une affaire dont il est saisi. Quant au délai de recours, il y a lieu de distinguer entre le contentieux d'attribution, d'une part, le contentieux d'exécution et la procédure disciplinaire et de dénonciation de l'autre. Dans le premier cas, le délai de saisine est de trois jours ouvrables à compter de la réception de la décision de l'autorité contractante ou de l'expiration de 5 jours ouvrables endéans lesquels cette dernière est tenue de répondre au recours gracieux préalable du demandeur.<sup>31</sup> Si le différend survient avant la décision d'attribution du marché, le recours doit être introduit « dix jours ouvrables précédant la date prévue pour la candidature ou la soumission ».<sup>32</sup> Cette célérité de la procédure peut se justifier par la nécessité de vider au plus vite le litige avant l'attribution définitive et l'exécution du marché dont l'administration pourrait avoir besoin pour assurer son fonctionnement ou pour répondre aux besoins des administrés. Ceci est d'autant plus vrai que le recours devant le CRD est suspensif de la procédure de passation du marché, sauf s'il y a des raisons avancées par l'autorité contractante tenant à la protection des intérêts vitaux de l'Etat ou à la gestion d'une situation d'urgence résultant d'une catastrophe naturelle ou technologique.<sup>33</sup> Dans le second cas, en matière de contentieux d'exécution, aucun délai n'est spécifié. Cependant, on peut bien supposer que le recours sera introduit après la notification de la décision de rejet du recours gracieux préalable. Mais, qu'en adviendra-t-il en cas de silence de l'autorité contractante? Dans *l'affaire de la non-exécution du contrat d'impression des diplômes d'Etat*, le CRD ne semble guère préoccupé par la question puisqu'il a reçu le recours contre le Ministère de l'enseignement primaire, secondaire et initiation à la nouvelle citoyenneté après plus de six mois de silence gardé face au recours gracieux du requérant.<sup>34</sup> Pourtant, le droit commun en matière de traitement des recours administratifs limite le délai du silence à trois mois.<sup>35</sup> En tout état de cause, il découle de l'esprit

31 Décret n°10/22 du 2 juin 2010 portant Manuel de procédure de la loi relative aux marchés publics, articles 156 et 157 (1).

32 Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, article 74. Il faut noter qu'aux termes de cette disposition, « La réclamation est introduite, sous peine d'irrecevabilité, soit par lettre recommandée avec accusé de réception, soit par tout autre moyen de communication électronique, (...). ».

33 *Ibid.*; Décret n°10/22 du 2 juin 2010 portant Manuel de procédure de la loi relative aux marchés publics, article 157 (2).

34 *Avis n°03/16/ARMP/CRD du 20 octobre 2016 du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics statuant en commission des litiges sur le recours de la firme Smith & Ouzman LTD relatif au contrat n°002/MIPESP//2013 non exécuté pour l'impression des diplômes d'Etat édition 2012, 2013 et additionnels 2009, 2010 avec le Ministère de l'enseignement primaire, secondaire et initiation à la nouvelle citoyenneté*, RE : 07/REC/ARMP/2015, pp. 3-4.

35 Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, article 151 (3).

de l'article 193 du Manuel de procédure de la loi relative aux marchés publics qu'un mois après l'expiration du délai de silence, le requérant serait forclos s'il n'a pas saisi le CRD.<sup>36</sup> Dans le troisième cas, en matière disciplinaire et de dénonciation, il n'y a pas de délai spécifié non plus. Ceci constitue une simple question de logique. Constat important, cette matière n'est pas soumise à l'exercice préalable du recours administratif. Et pour cause, l'autorité contractante n'a pas de compétence en matière d'application de sanction administrative contre son cocontractant au risque d'être juge et partie.<sup>37</sup> Elle peut néanmoins résilier le marché,<sup>38</sup> sous réserve du recours de son cocontractant lésé. En outre, l'autorité contractante ne peut pas dénoncer des irrégularités auprès de soi-même. Si elle veut demander au CRD de sanctionner un cas d'improbité, il devient illogique de lui imposer une obligation d'adresser un recours administratif préalable à soi-même. Ainsi, la dénonciation pourra être faite à tout moment, c'est-à-dire « avant, pendant et après la passation ou l'exécution des marchés et délégations de service public ».<sup>39</sup> La seule réserve serait la prescription des fautes reprochées au contractant lorsqu'elles constituent des infractions, conformément aux règles de droit pénal.

C'est le dernier critère juridictionnel lié à l'autorité des actes que prend le CRD qui fait défaut. Certes, le CRD rend des décisions aussi bien que des avis. L'avis est rendu lorsque les parties veulent procéder à un règlement à l'amiable du contentieux d'exécution de leur marché.<sup>40</sup> Il n'a aucun caractère obligatoire. Mais, ceci ne suffit pas pour conclure que le CRD n'est pas une juridiction. Comme en témoigne la loi sur les juridictions de l'ordre administratif, certains cours et tribunaux sont aussi habilités à rendre des avis dans le cadre de leurs compétences consultatives sans perdre leur qualité de juridiction.<sup>41</sup> Quant aux décisions du CRD, elles sont obligatoires, définitives et exécutoires.<sup>42</sup> Leur caractère obligatoire signifie qu'elles sont contraignantes pour les parties. Leur caractère définitif signifie qu'elles vident le litige et ne peuvent être cassées ou annulées par aucune autre autorité dans la hiérarchie administrative. Leur caractère exécutoire signifie qu'on peut le faire exécuter, au besoin par la force, sans qu'il ne soit besoin d'obtenir une décision préalable de la

36 Cet article dispose : « Tout litige qui aura fait préalablement l'objet d'un recours hiérarchique et qui n'aura pas été réglé amiablement dans les trente jours calendriers suivant l'introduction du recours, sera réglé, conformément au droit et aux stipulations contractuelles applicables, devant les juridictions ou les instances arbitrales compétentes ».

37 Voir Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, article 81.

38 *Ibid.*, article 69.

39 Décret n°10/21 du 02 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics, article 53 (1).

40 *Ibid.*, article 54 (2).

41 Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, articles 82, 94 et 102.

42 Décret n°10/21 du 02 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics, article 54 (3).

justice.<sup>43</sup> En cas de non-satisfaction, la partie lésée peut saisir le tribunal compétent. Cette séparation des compétences montre à quel point le CRD n'est pas lui-même une juridiction. Ses décisions sont administratives et ne bénéficient donc pas de l'autorité de la chose jugée qui aurait pu empêcher que l'objet d'un litige déjà tranché par le CRD soit connu à nouveau par le tribunal compétent. Cette nature du CRD en tant qu'institution administrative, mais quasi-juridictionnelle, pour ainsi dire, au regard de ses procédures et méthodes de travail, est du reste corroborée par sa propre « jurisprudence », qui le singularise par rapport aux cours et tribunaux.

## **II. L'illustration du travail du CRD par la richesse de sa « jurisprudence »**

Le CRD est à pied d'œuvre depuis 2013. Cependant, la pratique qui forme sa « jurisprudence » demeure moins connue du public, des praticiens et des spécialistes du droit. L'œuvre pionnière, qui constitue la première recension annotée et commentée de ses décisions et avis, ne couvre que la période allant de 2013 à 2015.<sup>44</sup> A ce stade, on peut faire une analyse complémentaire sur deux points spécifiques : la portée de la compétence du CRD et le droit applicable aux litiges qui lui sont soumis.

### *A. La portée de la compétence du CRD*

Le CRD se définit lui-même comme un organe exerçant une autorité administrative. Ceci ressort de *l'affaire Société Global Broadband Solution c. l'Autorité de régulation des marchés publics*,<sup>45</sup> où il a dit qu'il reçoit plutôt des recours administratif pour examen conformément à l'article 150 de la loi organique relative aux juridictions de l'ordre administratif.<sup>46</sup> On regrettera cependant le fait que, dans cette affaire, le CRD ait reçu un recours gra-

43 Balingene Kahombo, « Présentation du Traité de droit international public du professeur Auguste Mampuya : Regards croisés sur le régionalisme africain », *Recht in Afrika – Law in Africa – Droit en Afrique*, vol. 19 (2), 2016, p. 225.

44 Guy Kabeya Muana Kalala et Aimé Gbetele Mokulongo, *Marchés publics -Recueil des décisions et avis du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics de la République Démocratique du Congo (2013 à 2015) : Annotés et commentés*, Kinshasa, éd. Crem asbl, 2018.

45 *Décision n°029/17/ARMP/CRD du 21 septembre 2017 du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics statuant sur le recours gracieux de la société Global Broadband Solution contestant la décision n°07/17/ARMP/CRD du 9 mai 2017 suite au recours en appel de la société M. Intercom relatif au marché sur la mise en place d'une infrastructure et d'un système d'information statistique (sis) au profit de l'Institut national de statistique (DAOI n°003/ PAI-STATFIN/BAD/CEP/CP/PM/INS/08/2016, RAD : 01/REC/ARMP/2017*, p. 3.

46 Cet article dispose : « Le requérant dispose d'un délai de trois mois à dater de la publicité de l'acte, du règlement ou de la décision mise en cause pour exercer son recours administratif. Le recours administratif peut comprendre le recours gracieux introduit devant l'auteur de l'acte et, si nécessaire, le recours hiérarchique ou de tutelle, selon le cas, introduit devant l'autorité supérieure ou de tutelle à l'auteur de l'acte ».

cieux contre sa propre décision, pourtant réputée définitive, instaurant ainsi irrégulièrement un troisième niveau de recours administratif, après le recours gracieux devant l'autorité contractante et la contestation de la décision de celle-ci devant la commission des litiges, avant l'introduction du recours juridictionnel.

La création du CRD relève de la modernisation de l'administration publique par la déconcentration du système de traitement administratif des recours en matière des marchés publics. Elle était nécessaire parce que l'administration étant partie à ces contrats, il a fallu promouvoir la transparence et l'efficacité de l'exercice du pouvoir administratif, tout en protégeant les droits garantis aux citoyens, par une institution neutre et indépendante de l'autorité contractante qui ne peut pas être, de toute évidence, juge et partie. Cette indépendance est perceptible à plusieurs niveaux. D'abord au niveau de la composition plurielle du CRD. Celui-ci comprend six membres en raison de deux membres désignés par chaque structure d'origine représentée, à savoir l'administration publique, la société civile et le secteur privé. La présidence est assurée par un membre de la composante société civile. Ensuite, tous les membres doivent être des « cadres ayant un diplôme universitaire, de réputation morale et de notoriété professionnelle avérée dans les domaines juridique, technique, économique et financier ». Ils sont par ailleurs nommés par décret du Premier Ministre pour un long mandat de cinq ans, renouvelable une fois. Enfin, les membres du CRD ne sont pas employés de l'ARMP.<sup>47</sup>

Dès lors, en tant qu'organe administratif indépendant statuant sur le recours hiérarchique de la partie lésée ou en matière disciplinaire, le CRD ne se trouve pas en position ni de dualité ni de complémentarité de compétences avec les cours et tribunaux, administratifs et judiciaires. Quant à la Cour constitutionnelle, le CRD ne présente aucun risque de conflit fonctionnel. Il y a deux raisons en cela. D'une part, l'exception d'inconstitutionnalité d'un acte législatif ou réglementaire ne peut être reçue par lui puisqu'elle ne peut être invoquée que devant une juridiction.<sup>48</sup> D'autre part, il lui appartient d'observer les arrêts de la Cour constitutionnelle en ce qui le concerne parce qu'ils s'imposent à toutes les autorités administratives.<sup>49</sup> La distinction des compétences du CRD avec celles des autres cours et tribunaux reste à situer à trois principaux niveaux. Premièrement, tout litige non-réglé après le recours gracieux et la réclamation devant le CRD sera tranché par la juridiction compétente.<sup>50</sup> En revanche, le CRD n'a pas le pouvoir d'infliger des sanctions pénales qui relèvent de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire. Pareillement, en matière de sanctions administratives, le tribunal est seul compétent pour prononcer la déchéance définitive de la participation à la commande publique.<sup>51</sup> Deuxièmement, en ce qui concerne l'attribu-

47 Décret n°10/21 du 02 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics, article 50 (5).

48 Constitution du 18 février 2006, article 162 (3).

49 *Ibid.*, article 168 (1).

50 Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, article 76.

51 *Ibid.*, article 81 (3).

tion des marchés, le CRD peut sanctionner, en prononçant la nullité de la décision d'attribution ou de la procédure de passation du marché, la violation des règles de la transparence, d'égalité et de mise en concurrence des candidats soumissionnaires, avec pour conséquence l'obligation de l'autorité contractante de reprendre la procédure.<sup>52</sup> Par contre, la nullité du marché -pour violation des conditions de validité -ne peut être prononcée que par le tribunal compétent. Il en est ainsi en cas de non-approbation du marché par l'autorité compétente<sup>53</sup> ou d'absence d'avis préalable de non-objection de la Direction générale du contrôle des marchés publics.<sup>54</sup> Le CRD l'a déjà rappelé dans plusieurs affaires, singulièrement celle en rapport avec *le recrutement d'une agence de communication chargée de commercialiser les espaces publicitaires de TRANSCO*.<sup>55</sup> Sa « jurisprudence » énonce également, notamment dans *l'affaire du contrat des travaux de réhabilitation du Centre d'entraînement des troupes aéroportées (CETA)*, qu'il ne peut lui-même avoir égard aux marchés conclus dans les conditions illégales avec pour conséquence que le recours qui est soumis à son appréciation doit être déclaré non-fondé.<sup>56</sup> Dans une autre affaire, elle a dit que l'autorité d'approbation qui s'arroge le droit de décider, à la place du tribunal, de l'annulation du marché agit

52 Décision n°002/13/ARMP/CRD du 29 janvier 2013 du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics statuant en commission des litiges sur le recours de la société E.G.E.C Sprl contestant la décision d'attribution du marché relatif au travaux de raccordement au réseau SNEL d'une cabine électrique MT/BT 20/0,4 KV 630 KVA dans le cadre du projet de développement rural intégré de Tshuenge/RDC, RPR 009/REC/CRD/ARMP/20102, pp. 9–10.

53 Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, article 15; Décret n°10/22 du 2 juin 2010 portant Manuel de procédure de la loi relative aux marchés publics, articles 20–21; Décret n° 10/33 du 28 décembre 2010 fixant les modalités d'approbation des marchés publics et des délégations de service public, article 14 : « Tout marché ou délégation de service public signé, mais dont l'approbation est refusée, est nul ».

54 Décret n°10/22 du 2 juin 2010 portant Manuel de procédure de la loi relative aux marchés publics, articles 14–16.

55 Voir Avis n°01/15/ARMP/CRD du 19 mars 2015 du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics statuant sur le recours des établissements Ekomboje, contestant le report de la notification du marché relatif à l'appel à candidature n°ACN/02/TRANSCO/CGPMP/2014 : « Recrutement d'une agence de communication chargée de commercialiser les espaces publicitaires de TRANSCO », RE 08/REC/ARMP/2014, pp. 7–8; Avis n°03/17/ARMP/CRD du 15 août 2017 du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics statuant sur le recours de Getou Kabila, relatif au contrat n°010/CAB/MINIPRO/EJSC/MMA/2014, signé avec le Gouvernement provincial du Maniema à travers le Ministre provincial de l'éducation, de la jeunesse, des sports, de la culture et des arts, RE :04/REC/ARMP/2016, p. 4.

56 Avis n°05/15/ARMP/CRD du 30 juillet 2015 du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics statuant en commission des litiges sur le recours de la société TANGO Protection relatif au paiement pour les prestations couvrant la période allant du 15 septembre 2014 au 15 décembre 2014 en rapport avec le contrat de gardiennage du 13 juin 2013 signé avec le Ministre de l'agriculture et du développement rural, RE :02/REC/ARMP/2015, p. 5; Avis n°05/14/ARMP/CRD du 23 octobre 2014 du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics statuant en commission des litiges concernant le recours de l'Entreprise générale de construction « EGC » contre le Ministère de l'aménagement du territoire, urbanisme, habitat, infrastructures, travaux publics et reconstruction relatif aux travaux de réha-

par excès de pouvoir, si bien que son acte doit être regardé comme étant de nul effet.<sup>57</sup> Troisièmement, en matière d'exécution des marchés publics, le CRD est incomptent lorsque la matière est directement attribuée *de jure* aux cours et tribunaux. Il en a décidé ainsi dans une affaire concernant un recours tendant à la protection des droits d'auteur du requérant qui auraient été violés lors de l'exécution d'un marché.<sup>58</sup> Quatrièmement, la saisine de la commission des litiges du CRD fait obstacle à la saisine parallèle de la juridiction compétente aussi longtemps qu'il ne s'est pas prononcé, sauf absence de décision après dépassement du délai réglementaire.<sup>59</sup> Cette règle s'applique évidemment aux recours juridictionnels en référé précontractuel puisqu'aux termes de la loi organique sur les juridictions de l'ordre administratif, le juge de référé statue « sans préjudice des recours prévus par la loi et les édits sur les marchés publics ».<sup>60</sup> C'est dans ce cadre délimité des compétences que le droit applicable par le CRD trouve sa vigueur.

### *B. La diversité du droit applicable*

Il est un peu inhabituel de parler du droit applicable en dehors du travail des instances juridictionnelles. Le CRD fait partie de l'administration qui, elle, est soumise au respect de la loi. Si on parle du droit applicable par le CRD c'est précisément parce qu'on veut rendre compte des sources du droit qu'il prend en compte pour concrétiser le principe de légalité. La question est aussi importante puisque ces sources ne lui sont explicitement indiquées dans aucun texte. Tout ce que l'on peut supposer à l'avance est que le CRD doit pouvoir appliquer et faire respecter la réglementation en matière des marchés publics. Mais de quelle réglementation s'agit-il?

De toute évidence, il s'agit d'abord de la loi sur les marchés publics de 2010. Il convient d'ajouter tous les textes réglementaires pris en application de cette loi, à savoir : Décret n°10/21 du 02 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics; Décret n°10/22 du 2 juin 2010 portant Manuel de

bilitation du Centre d'entraînement des troupes aéroportées (CETA) Lot 1, RE :03/REC/CRD/ARMP, p. 5.

- 57 Décision n°008/13/ARMP/CRD du 17 juillet 2013 du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics statuant en commission des litiges, RE : 004/REC/CRD/ARMP/G.S.C/SCTP, p. 7.
- 58 Avis n°8/15/ARMP/CRD du 12 novembre 2015 du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics statuant en commission des litiges sur le recours de la Compagnie africaine de révision des entreprises « COARES » relatif au schéma directeur informatique de gestion intégrée des ressources humaines de paies, RE :02/REC/ARMP/2014, pp.7 et 9. Voir aussi Ordonnance-loi n°86–033 du 5 avril 1986 portant protection des droits d'auteurs et droits voisins, articles 96–103 et 104–110.
- 59 Décret n°10/21 du 02 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics, article 55.
- 60 Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, article 310.

procédure de la loi relative aux marchés publics; Décret n° 10/32 du 28 décembre 2010 portant création, organisation et fonctionnement de la Cellule de gestion des projets et des marchés publics; Décret n° 10/33 du 28 décembre 2010 fixant les modalités d'approbation des marchés publics et des délégations de service public; Décret n° 010/34 du 28 décembre 2010 fixant les seuils de passation, de contrôle et d'approbation des marchés publics; Décret n°10/27 du 28 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de la Direction générale du contrôle des marchés publics; Décret n°18/001 du 12 janvier 2018 portant fixation du taux de la redevance de régulation des marchés publics et de délégation de service public. Il faut ajouter à cet arsenal juridique la survivance partielle de l'Ordonnance-loi du 5 décembre 1969 relative aux marchés publics. Autrement dit, cette ordonnance-loi a été abrogée, mais elle demeure applicable aux marchés et délégations de service public qui sont antérieurs à la nouvelle législation.<sup>61</sup> Par conséquent, la loi sur les marchés publics de 2010 ne rétroagit pas, excepté en ce qui concerne les procédures de recours qu'elle prévoit.<sup>62</sup> Bref, une sorte de rétroactivité *in mitius* pour une meilleure protection des droits garantis.

La question qui se pose est celle de savoir le rôle des autres sources primaires du droit congolais ou de l'usage qu'en fait le CRD. Il apparaît que la « jurisprudence » de celui-ci ne permet pas encore d'élaborer une réponse exhaustive à ce sujet puisqu'il y a des sources – telle que la coutume et l'équité – qui n'ont pas encore reçu application.

En effet, le CRD a fait recours à la Constitution et aux traités internationaux dans *l'affaire du marché des travaux de construction des ouvrages d'art dans le territoire de Kasongo et Pangi*.<sup>63</sup> Dans cette espèce, la province du Maniema prétendait que ce marché échappait à la compétence du CRD parce qu'il avait été conclu en application de l'accord de dons (et les directives pour la passation des marchés relatifs aux projets) entre la RDC et le Fond international de développement agricole (FIDA). N'y faisant pas droit, le CRD s'est fondé sur le fait que le marché en cause n'était pas parmi ceux pouvant être exclus de sa compétence pour deux principales raisons. D'une part, la règle de primauté du traité sur les lois nationales contenue à l'article 215 de la Constitution ne vaut qu'en cas de conflit; ce qui est réitéré à l'article 3 de la loi sur les marchés publics.<sup>64</sup> Exceptionnellement, l'exclusion absolue de la compétence du CRD peut ressortir de la conclusion des marchés « en application d'un accord international concernant le stationnement de troupes ».<sup>65</sup> D'autre part, les

61 Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, articles 82 et 84.

62 *Ibid.*

63 *Décision n°19/17/ARMP/CRD du 29 juin 2017 du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics statuant en commission des litiges sur le recours de l'entreprise des constructions modernes (E.C.O.M), contestant le rejet de son offre relative à l'appel d'offres n°001/PIRAM-CN/RPM/01/2017 portant sur les travaux de construction des ouvrages d'art (pont et dalots) dans les territoires de Kasongo et Pangi, Province du Maniema, lancé par la Coordination nationale du programme intégré de réhabilitation de l'agriculture dans la province du Maniema (PIRAM), RPR 07/RECARMP/2017.*

64 *Ibid.*, p. 5.

65 Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, article 4.

directives susvisées relatives à la passation de la commande publique prévoient que « les acquisitions de biens, travaux et services financées par la FIDA sont régies par les règles en vigueur dans le pays emprunteur/bénéficiaire en matière de passation des marchés, sous réserve qu'elles soient compatibles avec les présentes directives ».<sup>66</sup> On regrettera, au passage, le fait que le CRD ait rappelé que l'article 215 de la Constitution établit une hiérarchie des sources du droit, tout en se contredisant qu'il confère aux traités et accords internationaux une force équivalente à celle des lois nationales.

Par ailleurs, des lois qui sont à première vue étrangères aux marchés publics ont été appliquées. On peut tirer un premier exemple de *l'affaire du contrat relatif à la gestion et à l'organisation de la sous-traitance des opérations de manutention dans les ports maritimes de Matadi et de Boma*.<sup>67</sup> Il était reproché à la Société commerciale des transports et des ports (SCTP) d'avoir irrégulièrement fait procéder à la suspension et à l'annulation de ce marché par son Conseil d'administration. Le CRD a examiné en quelle qualité le Conseil d'administration de la SCTP avait agi, alors que l'autorité d'approbation des marchés conclus par les entreprises et les établissements publics est normalement conférée au Ministre de tutelle à l'issue des appels d'offres nationaux.<sup>68</sup> Le constat a été tout de suite fait que la tutelle ministérielle sur les entreprises publiques transformées en sociétés commerciales n'existe plus à la suite de l'abrogation de la loi du 6 janvier 1978<sup>69</sup> par la nouvelle législation sur les entreprises publiques de 2008 qui n'y fait pas allusion.<sup>70</sup> De ce fait, le CRD est convaincu que dans ces conditions, le ministre ne peut plus exercer l'autorité d'approbation des marchés conclus par lesdites sociétés. Il conclut qu'en application de la législation commerciale, le Conseil d'administration « peut valablement jouer le rôle d'autorité approbatrice devant le silence de la loi »<sup>71</sup> dans la mesure où il est l'organe de décision et

66 Décision n°19/17/ARMP/CRD du 29 juin 2017 du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics, note 63, p. 5.

67 Décision n°008/13/ARMP/CRD Décision n°008/13/ARMP/CRD du 17 juillet 2013 du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics statuant en commission des litiges, RE/ 0004/REC/CRD/ARMP/G/S.C/SCTP.

68 Décret n°10/22 du 2 juin 2010 portant Manuel de procédure de la loi relative aux marchés publics, article 21.

69 Loi n°78–002 du 06 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques, articles 40–42.

70 Loi n°08/07 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques, Loi n°08/010 du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'Etat.

71 Décision n°008/13/ARMP/CRD Décision n°008/13/ARMP/CRD du 17 juillet 2013 du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics statuant en commission des litiges, note 67, p. 6.

de contrôle des sociétés par action à responsabilité limitée,<sup>72</sup> dont la SCTP, l'ancienne Office national des transports (ONATRA).<sup>73</sup>

Un deuxième exemple se rapporte à l'application du Code civil congolais livre III ou Code congolais des obligations et des contrats (CCCLIII).<sup>74</sup> Le CRD y recourt dans des cas diversifiés. D'abord, il l'a appliquée aux conditions de validité du marché public dans *l'affaire du contrat des travaux de réhabilitation du Centre d'entraînement des troupes aéroportées (CETA)*.<sup>75</sup> L'autorité contractante invoquait son impossibilité de consentir à ce marché faute pour le cocontractant de l'avoir signé dans le délai convenu. Y faisant droit, le CRD a indiqué que les conventions doivent être faites conformément à l'article 8 du CCCLIII qui énonce les conditions de validité du contrat en droit commun, à savoir le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement et une cause licite dans l'obligation.<sup>76</sup> Il faut noter qu'à ces conditions s'ajoute le respect des règles d'ordre public prévues par la loi et les règlements sur les marchés publics. Ensuite, le CRD a recouru au CCCLIII en matière d'interprétation des contrats.<sup>77</sup> En l'occurrence, en cas d'ambiguïté dans le dossier d'appel d'offre, l'interprétation doit se faire en défaveur de l'autorité contractante aux termes de l'article 60 du CCCLII.<sup>78</sup> On conviendra tout de même qu'il s'agit là d'une application anticipée de la règle d'interprétation, l'appel d'offre ne s'étant pas encore cristallisé en un marché valide et signé par toutes les parties. Enfin, le CCCLIII a été appliqué à un cas de défaut de signature par l'autorité contractante d'un marché pourtant déjà accepté par l'autorité approbatrice.<sup>79</sup> L'accord des volontés entre les parties étant déjà formé, le CRD conclut à une faute de l'autorité contractante conformément à l'article 33 du CCCLIII qui prescrit : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révo-

72 *Ibid.*

73 Voir Décret n°09/12 du 24 avril 2009 établissant la liste des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales, établissements publics et services publics, annexe I.

74 Décret du 30 juillet 1888 – Des contrats ou des obligations conventionnelles.

75 *Avis n°05/14/ARMP/CRD du 23 octobre 2014 du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics*, note 56, p. 4.

76 *Ibid.*

77 *Décision n°13/14/ARMP/CRD du 29 juillet 2014 du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics statuant en commission des litiges sur le recours de la société INDRA Sistemas, S.A. en contestation de la décision d'attribution du marché relatif à l'AAOI : n°08/PPSA/RVA-DG/01450/CGPMP/F.éq/CNC/2013, lancé par la Régie des voies aériennes (RVA), RPR :06/REC/ARMP/2014*, p. 8.

78 *Ibid.* Cet article dispose : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

79 *Avis n°07/15/ARMP/CRD du 24 septembre 2015 du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics statuant sur le recours de la société SNEDAC, contestant la non-signature par l'autorité contractante de la Convention devant régir le partenariat entre le Gouvernement de la République Démocratique du Congo et le Consortium SNEDAC pour exécuter le marché des cartes d'identité*, RE : 01/REC/ARMP/2015, p. 3.

quées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».<sup>80</sup> D'où l'obligation de réparer le préjudice causé au cocontractant, en cas de non-signature, en application de l'article 40 du même Code qui prescrit : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ».<sup>81</sup>

Quant aux principes généraux du droit, le CRD y a recouru pour peaufiner les règles de l'instruction des affaires soumis à son examen. En particulier, en tant qu'autorité administrative, le principe du respect des droits de la défense s'applique.<sup>82</sup> Selon la jurisprudence constitutionnelle, les droits de la défense forment un « ensemble des droits appartenant à une personne qui se trouve partie à un litige ou en dehors de tout procès, qui est l'objet d'une mesure défavorable ayant le caractère d'une sanction ou prise en considération de sa personne ».<sup>83</sup> Ainsi, le CRD fait observer, entre autres, le principe du contradictoire entre les parties à une affaire.<sup>84</sup>

En définitive, il se dégage que le CRD recourt à l'une ou l'autre source du droit congolais soit pour combler les lacunes de la nouvelle législation sur les marchés publics soit pour suppléer au silence de la loi. Il n'en demeure pas moins vrai que comme en droit privé, le contrat reste la loi des parties. En cas de contentieux d'exécution, c'est là où le CRD aura principalement égard pour régler le fond du différend soumis à son examen.

## Conclusion

Le CRD ne rend pas la justice administrative comme telle parce qu'il ne constitue pas une juridiction. Tout au moins peut-il y contribuer, au sens large, en tant qu'autorité à qui la loi a conféré le pouvoir de statuer sur les recours hiérarchiques contre les décisions que l'autorité contractante réserve aux recours gracieux de ses cocontractants en matière de contentieux des marchés publics. Il statue aussi en commission disciplinaire en cas de dénonciation d'un cas d'improbité dans la passation ou l'exécution des marchés publics. Par conséquent, le CRD ne ressort ni de juridictions administratives ordinaires ni de celles à compétences spécialisées, et encore moins du pouvoir judiciaire.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> *Ibid.*, pp. 3–4.

<sup>82</sup> *Décision n°002/13/ARMP/CRD du 29 janvier 2013 du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics*, note 52, p. 4.

<sup>83</sup> CSJ, 26 décembre 2007, R.CONST.062/TSR, in Emery Mukendi Wafwana et al., *Jurisprudence. Cour suprême de justice : Contentieux constitutionnel et législatif*, tome V, Kinshasa, Juricongo, 2011, p. 59; Balingene Kahombo, « Le contentieux de la décentralisation : chronique de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême de justice (2006–2011) », in Jean-Michel Kumbu Ki Ngimbi (éd.), *La décentralisation territoriale en République démocratique du Congo sous le régime de la Constitution du 18 février 2006 : bilan et perspectives*, Kinshasa, édition de la Campagne pour les droits de l'homme au Congo, 2014, pp. 179.

<sup>84</sup> *Décision n°029/17/ARMP/CRD du 21 septembre 2017 du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics*, note 45, pp. 5–6.

Cette étude a démontré que sa création en tant qu'organe technique de l'ARMP procède de la volonté de déconcentrer le système de règlement administratif des recours en matière de contentieux des marchés publics. Cette volonté fait elle-même suite à la nécessité de moderniser l'administration publique par la promotion de la transparence et de l'efficacité dans l'exercice du pouvoir administratif, tout en protégeant les droits garantis aux citoyens, par une institution neutre et indépendante de l'autorité contractante qui ne peut pas être, de toute évidence, juge et partie dans ce domaine. De ce fait, la RDC s'aligne sur l'évolution du droit des marchés publics que l'on peut observer dans d'autres pays africains.<sup>85</sup>

La pratique qui forme la « jurisprudence » du CRD est déjà riche de nombreux renseignements. De manière générale, le CRD a déjà fourni un effort remarquable, depuis qu'il est à pied d'œuvre en 2013, pour faire observer la portée et les limites de ses pouvoirs, qui le singularisent et le démarquent des cours et tribunaux avec lesquels il n'est en position ni de dualité ni de complémentarité de compétences. Outre le contrat qui demeure la loi des parties comme en droit privé, il applique aux litiges qui lui sont soumis une diversité de règles juridiques qui vont au-delà de la nouvelle législation sur les marchés publics pour toucher quasiment à toutes les sources primaires du droit congolais. Cette étude a cependant souligné que le CRD n'a pas encore eu l'occasion d'appliquer la coutume ou de recourir à son équité. L'usage qu'il fait de l'une ou l'autre source du droit tend à assurer une double fonctionnalité, soit combler les lacunes de la nouvelle législation sur les marchés publics soit suppléer au silence de la loi. Cette richesse « jurisprudentielle » montre à quel point cette institution peut et contribue à la protection de l'Etat de droit, qui est la première norme constitutionnelle de référence pour l'exercice des pouvoirs publics en RDC.<sup>86</sup> Dans cette optique, le CRD n'a pas été une innovation institutionnelle inutile.

85 Seynabou Samb, ‘Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone : contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun’, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, 2015, pp. 633–641.

86 Constitution du 18 février 2006, article 1 (1). Cet article dispose : « La République Démocratique du Congo est (...) un Etat de droit (...). Voir aussi Balingene Kahombo, « Les fondements de la révision de la Constitution congolaise du 18 février 2006 », *KAS African Law Study Library*, vol. 1, 2014, pp. 430–431.